

Recurso 191/2024
Resolución 238/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 7 de junio de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ARQUISOCIAL, S.L.**, contra la resolución de adjudicación del órgano de contratación en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de Ayuda a Domicilio: Ley de la Dependencia del Ayuntamiento de Brenes y S.A.D. concertado”, (Expte. 1417/2023), tramitado por el citado Ayuntamiento de Brenes (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 10 de noviembre de 2023 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y el 13 de noviembre de 2023, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 8.200.000 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

El órgano de contratación, mediante resolución de 29 de abril de 2024, adjudica el contrato arriba referenciado a la entidad OHL SERVICIOS INGESAN (en adelante la adjudicataria).

SEGUNDO. El 21 de mayo de 2024 tuvo entrada, en el Registro de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución de adjudicación del contrato. Entre otras cuestiones, la recurrente solicita vista de expediente en las oficinas de este Órgano.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se da traslado al órgano de contratación del escrito de impugnación, requiriéndole el expediente administrativo, y el informe sobre las alegaciones formuladas en el recurso. Lo solicitado se recibió en este Órgano el 25 de mayo de 2024.

El 27 de mayo de 2024 este Tribunal denegó el acceso al expediente por las razones que se indicarán en la fundamentación jurídica de la presente resolución

Con fecha 29 de mayo de 2024, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las licitadoras para que formulara las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la entidad ÓBOLO S.COOP.AND. DE INTERÉS SOCIAL, (en lo sucesivo, ÓBOLO) y por la adjudicataria en el plazo establecido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, toda vez que el Ayuntamiento de Brenes (Sevilla) ha manifestado que no dispone de órgano propio especializado para la resolución del recurso y ha remitido a este Tribunal la documentación requerida a tales efectos.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación de referencia, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto nos encontramos ante un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador y es objeto de recurso el acuerdo de adjudicación del mismo, por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2. c) de la LCSP, sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso contra la resolución de adjudicación impugnada, ésta le fue notificada a la recurrente el 30 de abril de 2024, por lo que el recurso frente a la misma se ha interpuesto en el plazo establecida en 50.1.d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1.- Alegaciones de la recurrente.

La recurrente, que en la clasificación de las ofertas resultó empatada con la adjudicataria, tras la aplicación del primero de los criterios de desempate, interpone el presente recurso contra la adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, solicitando a este Tribunal que *“acuerde dar a mi representada completo acceso al expediente de contratación, ex artículo 52.3 de la LCSP, a los efectos de poder comprobar cómo ha justificado OHL el cumplimiento del porcentaje de discapacidad (pues dicha justificación del todo imprescindible para confirmar la justeza a Derecho del Acuerdo de Adjudicación del contrato a favor de dicha mercantil); otorgándose asimismo un plazo a mi representada para completar el presente recurso especial en materia de contratación; y declarándose en todo caso la nulidad del Acuerdo de Adjudicación por cuanto que la documentación aportada por OHL (a la que no se ha tenido acceso, insistimos) en ningún caso puede considerarse acreditativa de la cuota de personas con discapacidad o situación de exclusión social.”*



La recurrente tras acceder al expediente de contratación, ante el órgano de contratación, afirma que *“ha podido constatar que el mismo no incluye la documentación justificativa del cumplimiento del porcentaje de discapacidad por parte de OHL, siendo dicha justificación del todo imprescindible para confirmar la justeza a Derecho del Acuerdo de Adjudicación del contrato a favor de dicha mercantil, quien se ha alzado con la licitación precisamente por el porcentaje de trabajadores en plantilla con discapacidad o en situación de exclusión social, aplicado como criterio de desempate.”*.

Afirma que *“(de hecho, esta representación desconoce si esa documentación se ha aportado por OHL), de manera que el Acuerdo de Adjudicación podría no ser conforme a Derecho ni a los intereses de mi representada”*, por lo que interpone el recurso especial contra la resolución de adjudicación.

Así, la recurrente alega que se ha vulnerado el derecho de acceso al expediente pues el 17 de mayo de 2024 se pusieron a su disposición únicamente 5 folios: *“Estos 5 folios hacen referencia únicamente a declaraciones responsables firmadas por OHL sobre los criterios de desempate, pero en ningún caso a documentación oficial que acredite los porcentajes comunicados por OHL”*; y que tras reiterar la solicitud de acceso *“recibe, a través de sede electrónica, la relación de la documentación presentada por OHL en el proceso previo a la adjudicación. No obstante, ARQUISOCIAL no recibe la documentación acreditativa de la cuota de discapacitados que justificó el desempate en la adjudicación.”*

Por ello entiende que se ha vulnerado el principio de transparencia, pues *“El acceso insuficiente al expediente vulnera este principio, impidiendo una adecuada supervisión en el proceso de contratación.”* Asimismo, entiende que *“La insuficiencia en el acceso al expediente de contratación infringe, de la misma manera, el artículo 24 de la Constitución Española, en virtud del cual debe garantizarse el derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías.”*

Entiende que le ampara el derecho de acceder al expediente *“teniendo siempre como límite –aunque no absoluto, pues también debe permitirse a la recurrente fundar su recurso- el derecho a la confidencialidad.”*

Afirma que *“únicamente conoce que OHL ha aportado la siguiente documentación:*

- *Tres informes de trabajadores en alta en un código de cuenta de cotización de 43, 74 y 126 páginas respectivamente, de 26 de febrero de 2024.*
- *Tres informes de vida laboral de un código cuenta de cotización de 116, 116 y 277 páginas, de 27 y 29 de febrero de 2024.*
- *Una relación nominal de trabajadores de 20 páginas, de 24 de enero de 2024.*
- *Un archivo Excel denominado “Listado personal discap y exclusión nacional” que contiene dos tablas. Una denominada “Discapacitados” que incluye los datos personales, antigüedad y centro de trabajo de 706 personas y otra, denominada “Exclusión”, con idéntica información respecto a 33 personas.*
- *Documentación descargada de wetransfer consistente en siete carpetas con identificaciones geográficas que a su vez contienen un total de 750 subcarpetas identificadas con los apellidos y nombre de otras tantas personas. En cada una de ellas se contienen justificantes de las situaciones de discapacidad/exclusión social de las personas a las que se refiere.*

Atendiendo a lo anterior, cabe significar, en primer lugar, que ARQUISOCIAL no ha tenido acceso a esta documentación porque OHL argumenta que la misma es “confidencial”. En segundo lugar, aunque hubiera tenido acceso a la misma, consideramos que ésta no acreditaría de manera justificada la realidad de los datos que OHL facilitó al órgano de contratación para justificar los criterios de desempate.”



Ambas alegaciones las desarrolla la recurrente en su escrito de recurso, en sendos apartados del mismo.

En el primero de ellos, respecto al carácter confidencial de dicha documentación, la recurrente alega, en resumen, que *“Si bien es cierto que, parte de la documentación acreditativa del porcentaje de discapacidad y exclusión social, tiene carácter confidencial - por ser datos personales - no tiene, en ningún caso, carácter absoluto; es decir, bien la empresa adjudicataria, bien el órgano de contratación, ha de proceder a la “anonimización” de los datos de carácter confidencial como puede ser el nombre y apellidos de los trabajadores, en relación con el DNI. La confidencialidad trata de evitar que se identifique a la persona de forma inequívoca relacionando nombre y apellidos con número de DNI, pero no puede implicar un obstáculo para que mi representada lleve a cabo la revisión de la misma a efectos de comprobar que, efectivamente, OHL cumple los porcentajes del criterio de desempate que han implicado que se alce con la adjudicación, en lugar de mi representada.*

Así se recoge en el artículo 56.5 de la LCSP at fine “(...) sin que por ello resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento” en relación con el artículo 133 del mismo texto legal.

Mi representada no pretende adquirir datos de índole personal de las personas que deben aparecer en la documentación acreditativa, sólo pretende ejercer su derecho a poder revisar que OHL tiene de manera real el 5,04% de trabajadores con discapacidad o riesgo de exclusión total (lo que según lo informado por la empresa adjudicataria suponen 739 trabajadores en relación a una plantilla de 14.667 personas) y que, por tanto, es la licita adjudicataria de la licitación.

Se trata por tanto de satisfacer ambos derechos, alcanzando el equilibrio entre guardar la confidencialidad de las personas trabajadoras y a su vez permitir el acceso a la información necesaria para comprobar que la documentación justifica el porcentaje informado por la hoy adjudicataria y, en definitiva, la justeza a Derecho del Acuerdo de Adjudicación.

En el segundo, relativo a su consideración de que la documentación aportada no justifica los datos facilitados, afirma que *“Sin perjuicio de lo mencionado en el punto anterior, de la misma manera, la documentación presentada por OHL no justifica de ninguna manera los datos facilitados por OHL como criterios de desempate.*

De hecho mi representada solo puede entender que la falta de documentación es indiciaria de la falta de justificación de los datos proporcionados.

(...)

La documentación que acredita el mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de la empresa, debe ser la siguiente:

- *Informe oficial (de TGSS) del número de trabajadores en la plantilla de OHL*
- *Contratos laborales en vigor o documentación oficial (TGSS) que acredite el alta en la empresa de los trabajadores afectos a algún grado de discapacidad o en situación de exclusión social*
- *Documentación que acredite el grado de discapacidad al que está afecto cada trabajador incluido en dicho sumatorio, así como documentación que acredite que se está en situación de exclusión social.*

No obstante, de la documentación aportada por OHL, en ningún caso aparece relacionada la anterior documentación, por lo que, tampoco en ningún caso puede entenderse que quede acreditado lo anterior.

(...)



Por todo ello, debe apreciarse que la cuota de personas con discapacidad o situación de exclusión social NO HA QUEDADO ACREDITADA POR PARTE DE OHL, debiendo considerarse, en definitiva, ilegítima adjudicataria.

En definitiva, en vista del nulo acceso a la documentación con mayor relevancia de este expediente y en base al artículo 52.3 de la LCSP, según el cual, “3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente”; esta representación se ve obligada a presentar cautelarmente el presente recurso, en tiempo y forma, a expensas de poder acceder a la documentación acreditativa del porcentaje de discapacidad y exclusión social y de completar, en su caso, el presente recurso una vez hayamos tenido acceso de comprobación, confirmando la improcedencia del Acuerdo de Adjudicación a favor de OHL.”.

2.- Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación remite informe al recurso en el que, en relación con el carácter confidencial de la documentación a la que no ha tenido acceso la recurrente, afirma que *“En este caso, la confidencialidad se plantea respecto del acceso a datos de carácter personal.”*

Por ello, considera que *“resulta inaplicable al presente caso la posibilidad de requerir del órgano de contratación la realización de un test de ponderación entre el derecho de confidencialidad y el principio de transparencia puesto que respecto de los datos sensibles la regla general es la de su confidencialidad absoluta.*

Ante esta aseveración, que no ha sido discutida en el escrito de interposición del recurso, se plantea por la recurrente la posibilidad de la anonimización de los datos de carácter confidencial como solución para resolver la aparente antinomia entre confidencialidad y transparencia. Sin embargo, la anonimización que se plantea se refiere según el escrito a “los datos de carácter confidencial como puede ser el nombre y apellidos de los trabajadores, en relación con el DNI. La confidencialidad trata de evitar que se identifique a la persona de forma inequívoca relacionando nombre y apellidos con número de DNI [...]”.

Realmente, la medida propuesta por la recurrente consiste en una desidentificación parcial de los documentos eliminando algunos de los datos personales pero no todos ellos, propuesta que entendemos que no satisface las exigencias de la normativa de protección de datos. Ocultar nombre y apellidos o DNI para evitar relacionar el uno con el otro no es una verdadera anonimización puesto que con cualquiera de ellos se relaciona el dato especialmente protegido, como es el relativo a la salud, con la identidad de la persona al que se refiere.

Como se expuso en el escrito acerca del contenido de la documentación aportada por la adjudicataria del contrato que remitió este Ayuntamiento a la ahora recurrente, esta documentación consiste en siete carpetas con identificaciones geográficas que a su vez contienen un total de 750 subcarpetas identificadas con los apellidos y nombre de otras tantas personas. En cada una de ellas se contienen justificantes de las situaciones de discapacidad/exclusión social de las personas a las que se refiere. Es decir, la anonimización que se plantea consistiría en que los servicios administrativos del Ayuntamiento procedieran a acometer la ingente tarea de eliminar algunos de los datos personales de los miles de documentos aportados para que, como resultado de ello, se diera lugar a otros tantos miles de documentos en los que se seguirían pudiendo relacionar datos personales especialmente protegidos con las personas a los que corresponden.



Entendemos que esta solución no resulta conforme con la normativa de protección de datos personales, normativa que exigiría la eliminación de todos los datos personales existentes en esos miles de documentos. A partir de esa conclusión, entendemos que no resultaría procedente acceder a la petición de la recurrente ya que la eliminación de todos los datos personales daría como resultado una serie de documentos en su mayor parte idénticos entre sí, dado que la única diferencia correspondería única exclusivamente a la parte suprimida. Es decir, poner a su disposición una documentación inservible para la comprobación de la acreditación de las circunstancias de las personas a que se refieren.”.

En cuanto a la alegación de la recurrente relativa a que la documentación aportada por la adjudicataria no justifica los datos facilitados, el órgano de contratación considera que “*el recurrente determina en su escrito cuál es la única documentación que acredita el porcentaje de trabajadores a que se refiere el artículo 147.2 LCSP, sin referir cual es la normativa o el razonamiento en que se basa para afirmar de forma categórica que es esa y no otra la única documentación que satisface las exigencias para justificar el desempate.*

Por el contrario, y huyendo de afirmaciones maximalistas, este órgano de contratación considera que la documentación aportada, probatoria del alta en la Seguridad Social de los trabajadores de la empresa adjudicataria junto con la justificación de la discapacidad/exclusión social de las personas incluidas en el listado correspondiente, sí acreditan las declaraciones acerca del porcentaje de trabajadores a que se refiere el artículo 147.2 LCSP.”.

3.- Alegaciones de la adjudicataria

La adjudicataria se opone al recurso especial interpuesto formulando las siguientes alegaciones:

-Que el acceso al expediente constituye la única pretensión ejercitada en el recurso, pues aunque formalmente ARQUISOCIAL solicite que se deje sin efecto la adjudicación, sustantivamente el recurso se articula sobre la falta de acceso al expediente, por lo que entiende que procede la inadmisión del recurso.

-Sobre la correcta denegación a la recurrente del acceso a la documentación acreditativa de la cuota de discapacitados, alega que dicha documentación es estrictamente confidencial, con base a la LCSP y la LPD, al contener datos personales; y que si la recurrente no ha aportado documentación acreditativa del porcentaje de discapacidad y exclusión social, en ningún caso puede tener acceso a dichos datos de la oferta de mi representada.

-Que INGESAN cuenta con un 5,04% de trabajadores discapacitados o en situación de exclusión social, habiendo entregado todos los certificados que lo acreditan y rebasa con creces el porcentaje de discapacitados o en situación de exclusión social del segundo clasificado (ARQUISOCIAL, con un 3,36%).

-Que el requerimiento de documentación del desempate forma parte de la discrecionalidad técnica, al no estar contemplado en los pliegos, que devienen inatacables, al no haber sido impugnados en tiempo y forma.

-Que procede imponer multa a ARQUISOCIAL por temeridad, habida cuenta del carácter infundado del recurso y de su inviabilidad jurídica.

En base a ello, solicita a este tribunal que:



“1) Inadmita el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil ARQUISOCIAL, S.L. contra el “Servicio de Ayuda a Domicilio: Ley de la dependencia del Ayuntamiento de Brenes y S.A.D. concertado” (Expdte 1417/2023), licitado por el Ayuntamiento de Brenes.

2) Subsidiariamente, desestime de manera íntegra el recurso interpuesto por ARQUISOCIAL, S.L.

3) Deniegue a ARQUISOCIAL, S.L. el acceso al expediente de mi representada, y concretamente a la documentación acreditativa del cumplimiento del porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social, por todos los motivos aducidos en el escrito de alegaciones.

4) Imponga una multa a ARQUISOCIAL, S.L., por recurrir de forma temeraria o mala fe, habida cuenta del carácter infundado del recurso y de su inviabilidad jurídica, por todas las razones esgrimidas en la Alegación Quinta.”.

4.- Alegaciones de la entidad interesada.

Por otra parte, OBOLO presenta escrito de alegaciones en el que sólo se adhiere al recurso especial interpuesto por la recurrente.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Vistas las alegaciones de las partes procede el análisis de la controversia que se circunscribe a determinar si la adjudicación del contrato es conforme a derecho.

Como cuestión preliminar al examen de las alegaciones expuestas por las partes en el anterior fundamento, es necesario que nos detengamos en el escrito presentado por OBOLO en la fase de alegaciones del presente procedimiento. Al respecto, hay que acudir al artículo 56, punto 3 de la LCSP que dispone que, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición, el órgano competente para la resolución del recurso dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. El escrito presentado por dicha mercantil se ubica dentro de un procedimiento ya iniciado, y su finalidad procesal es la de conocimiento como parte interesada y, en su caso, oposición a los alegatos de aquella, sin que en dicho procedimiento esté prevista la posibilidad de adhesión al recurso ya presentado por parte de terceros interesados. Si se permitiera, a través de este trámite del procedimiento, la adhesión al recurso o a alguno de sus motivos, se estaría concediendo indirectamente a los interesados la posibilidad de impugnar, en muchos casos extemporáneamente, una decisión del poder adjudicador por una vía legal diferente a la del recurso, que es la única posible.

En primer lugar, para una mejor comprensión de la controversia que el presente recurso plantea, procede exponer las siguientes actuaciones y datos de interés que se desprenden del expediente de contratación remitido.

La cláusula 2.3.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), que rige la licitación dispone que *“Cuando se produzca empate entre ofertas se aplicarán los criterios de desempate previstos en el Anexo XIV. A tal efecto, los servicios correspondientes del órgano de contratación requerirán la documentación pertinente a las empresas afectadas.”*

A su vez, el citado anexo XIV del PCAP al respecto, regula los criterios de desempate como sigue:

“CRITERIOS ESPECÍFICOS PARA RESOLVER LOS EMPATES DE LA PUNTUACIÓN FINAL:



	<i>Criterios específicos:</i>
X	<i>Artículo 147.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público</i>

Tras la valoración de las ofertas, la de la adjudicataria y la de la recurrente obtuvieron la misma puntuación, resultando necesario proceder al desempate, lo que se comunicó a ambas entidades, indicándoles que:

<<Por tanto, y en aplicación del Art. 147.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que indica:

“2.- En defecto de la previsión en los pliegos a la que se refiere el apartado anterior, el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato se resolverá mediante la aplicación por orden de los siguientes criterios sociales, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas:

a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla.

b) Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas.

c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas.

d) El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate.”

Se le requiere, a efectos de resolución del EMPATE, la presentación en un plazo de 3 días hábiles a contar del recibí de la notificación, de Certificado referente a los criterios que se indican.”.

En respuesta a dicho requerimiento ambas entidades presentan sendos documentos de 29 de febrero de 2024, que denominan “CERTIFICACIÓN CRITERIOS DE DESEMPATE”, expedidos por los respectivos representantes de estas. En el de la adjudicataria:

“CERTIFICA:

Que la empresa que representa referido al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas:

PRIMERO

- ✓ *Tiene un porcentaje de trabajadores en plantilla con discapacidad o en situación de exclusión social, del 5,04 %; De estos el número de trabajadores fijos es de 90,80%.”*

El de la recurrente “CERTIFICA

Que la empresa que representa referido al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas:

PRIMERO

- *Tiene un porcentaje de trabajadores en plantilla con discapacidad o en situación de exclusión social, del 3,36%; De estos el número de trabajadores fijo es de 87,67%.”*



Así mismo, ambas entidades indican en dicho documento: “*Todo lo cual me comprometo a acreditarlo ante el Ayuntamiento en el caso de ser requerido para ello.*”

Si bien, la recurrente solo presenta este documento, la adjudicataria aporta con él otro documento que denomina “*DOCUMENTACIÓN DESEMPATE*”, en el que el representante de la entidad declara “*Que a causa de la limitación de 30 MB del peso de la plataforma de contratación del estado adjuntamos enlace de la plataforma <https://wetransfer.com/> debido a que el peso de los documentos acreditativos de los criterios de desempate relacionada en el artículo 147.2 de la LCSP que nos han solicitado ocupa 1 GB*

Enlace para descargar dicha documentación acreditativa:

<https://we.tl/t-GG3NRtBlpd>

Fecha de caducidad del enlace: 7 de marzo de 2024”.

En la sesión celebrada el 12 de marzo de 2024, por la mesa de contratación “*Conforme a lo resuelto en la sesión anterior en cuanto al empate producido entre dos de las empresas licitadoras, se procede al descifrado del sobre y a la admisión de los certificados presentados, acreditativos de los Criterios específicos contenidos en el Art. 147.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (Anexo XIV del PCAP, resultando:*

	ARQUISOCIAL	OHL SERVICIOS INGESAN
<i>Porcentaje de trabajadores en plantilla con discapacidad o en situación de exclusión social</i>	3.36 %	5,04 %
<i>Número de trabajadores fijos</i>	87.67 %	90,80 %
<i>Porcentaje de contratos temporales en la plantilla</i>	9,43 %	14,65 %
<i>Porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla</i>	86,72 %	78,05 %

*A la vista de dicha documentación, la Mesa de Contratación acuerda considerarla como adecuada y suficiente, resultando propuesto como adjudicatario del contrato la entidad **OHL SERVICIOS-INGESAN**, elevándose al Pleno del Ayuntamiento en la próxima sesión que se celebre a los efectos de su proposición como adjudicatario y requerimiento de la documentación previa a la adjudicación definitiva, al ser el órgano competente para ello conforme a lo previsto en el apartado 2 de la Disposición Adicional segunda de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y al estar delegado en la Alcaldía las atribuciones propias como órgano de contratación en lo que respecta a todos los trámites precisos hasta la propuesta de adjudicación del contrato, tal y como consta en el acuerdo adoptado en la sesión plenaria celebrada el pasado 2 de noviembre de 2023.”.*

En base a dicho acuerdo, el órgano de contratación resuelve la adjudicación del contrato en la resolución recurrida, en la que después de transcribir el acuerdo de la mesa de contratación, en los mismos términos antes reproducidos, dispone que:

“Mediante acuerdo Plenario de 27 de marzo de 2024, se propone a la entidad OHL SERVICIOS-INGESAN como adjudicataria del contrato de servicios “AYUDA A DOMICILIO COMO PRESTACIÓN BÁSICA DE LOS SERVICIOS DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE BRENES (SEVILLA)”, (Expdte. Gestiona 1417/2023), a la vista de lo acordado en la Mesa de Contratación celebrada el día 12 de marzo de 2024, requiriéndole la presentación de la documentación previa a la adjudicación correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 y 71 de la LCSP y los Pliegos del contrato (cláusula 2.3.2 del PCAP).



Presentada la documentación requerida como adjudicatario y delegada la competencia para la adjudicación del contrato en la Alcaldía en virtud de lo dispuesto en el referido acuerdo plenario de 27 de marzo de 2024, esta Alcaldía

RESUELVE

PRIMERO. - Adjudicar el contrato administrativo de “AYUDA A DOMICILIO COMO PRESTACIÓN BÁSICA DE LOS SERVICIOS DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE BRENES (SEVILLA)”.

El 3 de mayo de 2024, tras conocer la Resolución de adjudicación del contrato, la recurrente solicita al órgano de contratación “que se nos permita examinar el expediente completo de la totalidad de los licitadores con objeto de comprender la puntuación otorgada a cada una de las entidades.”

En respuesta el órgano de contratación le comunica que “Mantenida una reunión al efecto en las oficinas municipales se ha podido constatar que, sin perjuicio de lo expuesto, el principal interés afecta a la documentación presentada por la adjudicataria del contrato para justificar los criterios establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares para el desempate entre las dos ofertas con mayor puntuación.

Con la finalidad de verificar que la documentación a la que se facilita el acceso no reviste carácter confidencial o contiene datos de carácter personal, se concluyó que el Ayuntamiento remitiría los documentos correspondientes a la mayor brevedad posible.

En consecuencia, se adjunta al presente escrito la documentación, no afectada por las restricciones mencionadas, que ha sido presentada por OHL SERVICIOS INGESAN, consistente en:

- Declaración responsable de desempate de 29 de febrero de 2024.*
- Certificación criterios de desempate de 29 de febrero de 2024.*
- Declaración responsable sobre solicitud de información adicional de 12 de mayo de 2023.*
- Enlace a la plataforma wetransfer para la descarga de los documentos acreditativos de los criterios de desempate*

Además de los anteriores, en el expediente figuran los siguientes documentos:

- Tres informes de trabajadores en alta en un código de cuenta de cotización de 43, 74 y 126 páginas respectivamente, de 26 de febrero de 2024.*
- Tres informes de vida laboral de un código cuenta de cotización de 116, 116 y 277 páginas, de 27 y 29 de febrero de 2024.*
- Una relación nominal de trabajadores de 20 páginas, de 24 de enero de 2024.*
- Un archivo Excel denominado “Listado personal discap y exclusión nacional” que contiene dos tablas. Una denominada “Discapacitados” que incluye los datos personales, antigüedad y centro de trabajo de 706 personas y otra, denominada “Exclusión”, con idéntica información respecto a 33 personas.*
- Documentación descargada de wetransfer consistente en siete carpetas con identificaciones geográficas que a su vez contienen un total de 750 subcarpetas identificadas con los apellidos y nombre de otras tantas personas. En cada una de ellas se contienen justificantes de las situaciones de discapacidad/exclusión social de las personas a las que se refiere.*



Por último, se le informa que, a la mayor brevedad posible, se pondrá a su disposición el expediente de contratación tramitado para la adjudicación del servicio.”.

No obstante, la recurrente insiste el 17 de mayo de 2024 mediante escrito al órgano de contratación, en que no ha podido tener acceso a la documentación justificativa del criterio de desempate y le solicita *“el acceso a la documentación acreditativa del porcentaje de discapacidad y riesgo de exclusión social (criterio de desempate) – anonimizando los datos confidenciales, si es el caso – y asimismo nos permitan acceso al resto del expediente de contratación.”*

El expediente de contratación fue puesto a disposición de la recurrente a través de la sede electrónica del Ayuntamiento, aunque sólo con acceso a la documentación que no reviste carácter confidencial o contiene datos de carácter personal

1.- Sobre la solicitud de inadmisión del recurso.

Debemos analizar la solicitud de inadmisión del recurso que realiza la adjudicataria, pues su posible admisión haría innecesario el análisis del resto de alegaciones de las partes.

No obstante, este Tribunal considera que no cabe la inadmisión del recurso puesto que no puede entenderse que la única pretensión de la recurrente sea el acceso al expediente de contratación, tal como ha que dado recogido en el anterior fundamento de derecho, pues la recurrente además del acceso al expediente solicita a este Tribunal *“la nulidad del Acuerdo de Adjudicación por cuanto que la documentación aportada por OHL (a la que no se ha tenido acceso, insistimos) en ningún caso puede considerarse acreditativa de la cuota de personas con discapacidad o situación de exclusión social.”*

De hecho, las alegaciones de la recurrente relativas a la no acreditación del porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de la adjudicataria se analizarán más adelante.

Asimismo, tampoco se puede aceptar que, como entiende la adjudicataria, el recurso especial se interponga contra la denegación de acceso al expediente, cuando la recurrente manifiesta en su escrito de recurso que *“El objeto del presente recurso es el Acuerdo de adjudicación del procedimiento de licitación adoptado por el Ayuntamiento de Brenes, en fecha 30 de abril de 2024, por el que se resuelve adjudicar a OHL el contrato”*.

Por tanto, no procede inadmitir el recurso especial interpuesto.

2. Sobre el acceso al expediente solicitado por la recurrente en la sede de las oficinas del Tribunal.

Al respecto, la recurrente solicita a este Tribunal en su escrito de recurso *“completo acceso al expediente de contratación, ex artículo 52.3 de la LCSP, a los efectos de poder comprobar cómo ha justificado OHL el cumplimiento del porcentaje de discapacidad (pues dicha justificación del todo imprescindible para confirmar la justeza a Derecho del Acuerdo de Adjudicación del contrato a favor de dicha mercantil); otorgándose asimismo un plazo a mi representada para completar el presente recurso especial en materia de contratación”*.

En los antecedentes expuestos, así como en la documentación remitida por el órgano de contratación, se constata que la recurrente ha tenido completo acceso al expediente de contratación, salvo a la documentación que reviste carácter confidencial o contiene datos de carácter personal, que además es la documentación aportada por la adjudicataria para acreditar el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de su empresa, como criterio de desempate que motiva el presente recurso.



En consecuencia, habiendo tenido ya acceso ante el órgano de contratación del resto de documentación del expediente de contratación, sólo procedería, en su caso, que este Tribunal le concediera acceso a la documentación antes mencionada a la que no ha tenido acceso, por haber sido declarada confidencial por la adjudicataria y así entenderla también el órgano de contratación.

Al respecto, el artículo 52 de la LCSP, bajo la denominación de acceso al expediente, dispone lo siguiente:

1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello, no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente.».

En lo que aquí interesa, es preciso destacar que el precepto es claro en cuanto a establecer la confidencialidad como límite del derecho de acceso al expediente.

Concretamente, ha de entenderse que la documentación a la que no ha tenido acceso ante el órgano de contratación y a la que pretende acceder en la sede de este Tribunal, es la que el órgano de contratación identifica y relaciona en el escrito en el que le concede la vista del expediente, como:

“- Tres informes de trabajadores en alta en un código de cuenta de cotización de 43, 74 y 126 páginas respectivamente, de 26 de febrero de 2024.

- Tres informes de vida laboral de un código cuenta de cotización de 116, 116 y 277 páginas, de 27 y 29 de febrero de 2024.

- Una relación nominal de trabajadores de 20 páginas, de 24 de enero de 2024.

- Un archivo Excel denominado “Listado personal discap y exclusión nacional” que contiene dos tablas. Una denominada “Discapacitados” que incluye los datos personales, antigüedad y centro de trabajo de 706 personas y otra, denominada “Exclusión”, con idéntica información respecto a 33 personas.

- Documentación descargada de wetransfer consistente en siete carpetas con identificaciones geográficas que a su vez contienen un total de 750 subcarpetas identificadas con los apellidos y nombre de otras tantas personas. En cada una de ellas se contienen justificantes de las situaciones de discapacidad/exclusión social de las personas a las que se refiere.”

Dicha documentación forma parte de la que ha sido remitida a este Tribunal por el órgano de contratación, abarcando las páginas 161 a 933 del expediente y 8 carpetas integradas por numerosas subcarpetas identificadas con nombres y apellidos, que a su vez contienen documentos con datos personales, como certificados del reconocimiento del grado de discapacidad de las mismas, y ha sido declarada confidencial por la adjudicataria.



El artículo 133.1 de la LCSP que regula la confidencialidad dispone que:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

El deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.”

Dado el contenido de los documentos a los que la recurrente pretende acceder, este Tribunal entiende que han de admitirse las alegaciones del órgano de contratación, pues en este caso, la confidencialidad se plantea respecto del acceso a datos de carácter personal.

Se trata de datos protegidos por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPD), que tiene por objeto adaptar nuestro ordenamiento al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante RPD), y completar sus disposiciones.

En efecto, son datos personales porque responden a la definición que de estos hace el artículo 4.1) del RPD:

“A efectos del presente Reglamento se entenderá por: 1) «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”

Así mismo, el apartado 15) del citado artículo define como datos relativos a la salud: *“datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud”*.

Entre los datos relativos a la salud han de entenderse incluidos los relativos a la discapacidad, pues así lo establece el considerando (35) del RPD:

“Entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. Se incluye la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con



ocasión de la prestación de tal asistencia, de conformidad con la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (1); todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro”.

Por tanto, se trata de datos personales especialmente protegidos conforme al artículo 9.1 del RPD, que al regular el “*Tratamiento de categorías especiales de datos personales*” dispone que:

“1. Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física.”

No obstante, la recurrente no cuestiona el carácter confidencial de los datos a los que pretende acceder, ante lo cual plantea en su escrito de recurso la posibilidad de “*proceder a la anonimización de los datos de carácter confidencial*” como solución para conseguir la información acreditativa del criterio de desempate.

Así, el artículo 4.5) del RPD contempla la “*seudonimización*”, que define como “*el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable*”.

Sin embargo, se ha admitir, como afirma el órgano de contratación, que “*no resultaría procedente acceder a la petición de la recurrente ya que la eliminación de todos los datos personales daría como resultado una serie de documentos en su mayor parte idénticos entre sí, dado que la única diferencia correspondería única exclusivamente a la parte suprimida. Es decir, poner a su disposición una documentación inservible para la comprobación de la acreditación de las circunstancias de las personas a que se refieren.*”.

En consecuencia, no cabe estimar que se haya producido el incumplimiento del órgano de contratación al denegar a la recurrente el acceso a la documentación declarada confidencial determinante del acceso en las dependencias de este Tribunal.

Por ello, este Órgano acordó en su momento procedimental oportuno, conforme a los preceptos legales analizados, denegar el acceso solicitado por la entidad recurrente para completar el recurso inicial, que ha seguido su curso legal hasta el dictado de la presente resolución.

3. Sobre la acreditación de la documentación justificativa del desempate.

Entre las pretensiones de la recurrente, recogidas en el anterior fundamento de derecho, está la de “*la nulidad del Acuerdo de Adjudicación por cuanto que la documentación aportada por OHL (a la que no se ha tenido acceso, insistimos) en ningún caso puede considerarse acreditativa de la cuota de personas con discapacidad o situación de exclusión social.*”.



Una vez que ha confirmado la confidencialidad de la documentación a la que pretende acceder la recurrente, se ha de tener presente que la imposibilidad de acceder a la misma no puede suponerle indefensión, como esta considera al afirmar que *“La insuficiencia en el acceso al expediente de contratación infringe, de la misma manera, el artículo 24 de la Constitución Española, en virtud del cual debe garantizarse el derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías.”*

Es preciso alcanzar un equilibrio entre el respeto a la confidencialidad y el derecho de defensa de sus intereses en el procedimiento, que ha de garantizar este Tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 56.5 de la LCSP:

“El órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento.”

Por ello es necesario que la recurrente disponga de información suficiente para ejercer su defensa. Frente a ella la recurrente considera que con la información que se le ha puesto de manifiesto no queda acreditado el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en riesgo de exclusión de la adjudicataria.

Dicha documentación, que ha sido remitida por el órgano de contratación a este Tribunal, consiste en una declaración responsable del representante de la entidad en la que declara la confidencialidad de la documentación acreditativa del criterio de desempate, el que denomina *“DOCUMENTACIÓN DESEMPATE”* que contiene el *“enlace de la plataforma <https://wetransfer.com/>”*, si bien se trata de la documentación confidencial que además había caducado a la fecha en que fue remitida a la recurrente, y la *“Certificación criterios de desempate”*, cuyo contenido se ha descrito.

De estos documentos, sólo la *“Certificación criterios de desempate”* podría considerarse acreditativo del criterio de desempate. Sin embargo, aun cuando se denomina certificación, se trata de un documento suscrito por el representante de la entidad, en el que, al mismo tiempo, tras indicar los porcentajes correspondiente a las exigencias de los criterios de desempate, afirma que *“Todo lo cual me comprometo a acreditarlo ante el Ayuntamiento en el caso de ser requerido para ello”*, lo que prueba que la propia adjudicataria no atribuía a dicho documento carácter acreditativo.

No obstante, aun cuando los pliegos se limitaban a afirmar que *“los servicios correspondientes del órgano de contratación requerirán la documentación pertinente a las empresas afectadas”*, sin determinar que documentación sería la pertinente, no cabe duda de que debía ser una documentación acreditativa del porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social. Así la documentación requerida para proceder al desempate fue un *“Certificado referente a los criterios que se indican”*, lo que además es acorde a lo dispuesto en el artículo 147.1 que, al regular los criterios de desempate que pueden establecer los pliegos, prevé que *“La documentación acreditativa de los criterios de desempate a que se refiere el presente apartado será aportada por los licitadores en el momento en que se produzca el empate, y no con carácter previo.”*

Así lo entendió la adjudicataria, al facilitar un enlace a la documentación acreditativa. Sin embargo, la mesa de contratación procede *“a la admisión de los certificados presentados, acreditativos de los Criterios específicos contenidos en el Art. 147.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”* y los considera como documentación *“adecuada y suficiente”* para proponer la adjudicación en base a ellos.



En consecuencia, no hay constancia en el expediente de que la mesa o el órgano de contratación haya considerado ni comprobado la documentación aportada por la adjudicataria para acreditar el criterio de desempate. Por el contrario, el órgano de contratación se limita a afirmar en su informe al recurso, sin más razonamiento, que *“este órgano de contratación considera que la documentación aportada, probatoria del alta en la Seguridad Social de los trabajadores de la empresa adjudicataria junto con la justificación de la discapacidad/exclusión social de las personas incluidas en el listado correspondiente, sí acreditan las declaraciones acerca del porcentaje de trabajadores a que se refiere el artículo 147.2 LCSP.”*

La ausencia de comprobación de la documentación acreditativa durante el procedimiento de adjudicación y, en consecuencia, la falta de motivación de la acreditación del criterio de desempate y la imposibilidad de acceder a dicha documentación por su carácter confidencial han colocado a la recurrente en situación de indefensión, sin posibilidad de conocer si la adjudicataria ha acreditado el porcentaje de trabajadores en plantilla con discapacidad o en situación de exclusión social del que disponía al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas.

Es por ello por lo que la recurrente sólo ha podido alegar en su recurso, con la información de que ha dispuesto, que con la documentación presentada la adjudicataria no había podido acreditar dicho porcentaje, pues además de la información contenida en los documentos a los que ha tenido acceso, en el acta de la mesa de contratación y en la resolución de adjudicación, la recurrente sólo conocía que la adjudicataria había presentado los documentos acreditativos que se le relacionaron como sigue:

- “- Tres informes de trabajadores en alta en un código de cuenta de cotización de 43, 74 y 126 páginas respectivamente, de 26 de febrero de 2024.*
- Tres informes de vida laboral de un código cuenta de cotización de 116, 116 y 277 páginas, de 27 y 29 de febrero de 2024.*
- Una relación nominal de trabajadores de 20 páginas, de 24 de enero de 2024.*
- Un archivo Excel denominado “Listado personal discap y exclusión nacional” que contiene dos tablas. Una denominada “Discapacitados” que incluye los datos personales, antigüedad y centro de trabajo de 706 personas y otra, denominada “Exclusión”, con idéntica información respecto a 33 personas.*
- Documentación descargada de wetransfer consistente en siete carpetas con identificaciones geográficas que a su vez contienen un total de 750 subcarpetas identificadas con los apellidos y nombre de otras tantas personas. En cada una de ellas se contienen justificantes de las situaciones de discapacidad/exclusión social de las personas a las que se refiere.”*

Con tal descripción la recurrente desconoce si esta documentación ha sido expedida por algún organismo oficial, la fecha de expedición de la misma, y ni siquiera si los datos contenidos en ella se refieren a la fecha de finalización del plazo para presentar ofertas, debiendo admitirse, por tanto, sus alegaciones respecto a la falta de acreditación del criterio de adjudicación, sin que este Tribunal pueda prejuzgar, dado el carácter revisor de sus resoluciones, si en efecto la documentación aportada por la adjudicataria acredita el desempate.

Este Tribunal entiende necesario que el órgano de contratación motive en el expediente de contratación la acreditación del criterio de desempate, con objeto de que con ello se evite la indefensión que le causa la imposibilidad de acceder a la documentación declarada confidencial, consiguiendo con ello el necesario equilibrio entre el respeto a la confidencialidad y el derecho de defensa.

Procede, por tanto, la estimación parcial del recurso especial anulando la resolución de adjudicación recurrida, con retroacción de las actuaciones al momento del análisis de la documentación acreditativa del criterio de desempate, para que por el órgano de contratación se proceda a comprobar si la documentación a la que ha



tenido acceso a través del enlace facilitado por al adjudicataria acredita que a fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas disponía de un 5,04% de trabajadores en plantilla con discapacidad o en riesgo de exclusión social, debiendo dejar constancia en el expediente de contratación de los motivos por lo que en su caso se entienda acreditado el desempate, tales como tipo de documentos aportados, organismos de procedencia, fecha de los mismos, análisis de los datos contenidos en ellos, fecha a las que estos se refieren y cuanta información estime oportuna, conservando las actuaciones que no se vean afectadas por la anulación declarada, con continuación del procedimiento de adjudicación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ARQUISOCIAL, S.L.**, contra la resolución de adjudicación del órgano de contratación en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de Ayuda a Domicilio: Ley de la Dependencia del Ayuntamiento de Brenes y S.A.D. concertado”, (Expte. 1417/2023), tramitado por el citado Ayuntamiento de Brenes (Sevilla) y, en consecuencia, anular el acto impugnado a fin de que se proceda conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

